

Szlachetne sny i koszmary. Teorie interpretacji konstytucji i kontekst instytucjonalny (2017)

*Giulio Itzcovich**

I. Procesy konstytucjonalizacji, rozpowszechniania się i umiędzynarodowienia praw podmiotowych

Problem interpretacji praw podstawowych rodzi się z niedawnych przemian, które często opisywane są w kategoriach nadejścia „konstytucyjnego państwa prawa” i procesów „konstytucjonalizacji”, „integracji” i „globalizacji” porządków prawnych. Transformacje te dotyczą treści prawa pozytywnego, instytucji odpowiedzialnych za tworzenie i stosowanie prawa, mających przewagę we wspólnocie prawników teorii i ideologii na temat (między innymi) najlepszych koncepcji demokracji i podziału władzy, roli władzy sądowniczej, natury konstytucji i prawa międzynarodowego. Oprócz tego, co powiem później o czynnikach o charakterze kulturowym, w szczególności na temat rozpowszechniania się „neokonstytucjonalistycznej” teorii interpretacji, wydaje mi się, że na podkreślenie zasługują następujące trzy procesy o charakterze instytucjonalnym, determinowane w związku z problemem interpretacji konstytucji i argumentacją opartą na zasadach.

(1) Konstytucjonalizacja praw podstawowych. Pierwszy proces polega na rozpowszechnianiu się konstytucji spisanych, hierarchicznie nadrzędnych względem prawa ustawowego, podlegających

* Profesor pomocniczy filozofii prawa na Università degli Studi di Brescia.

stosowaniu przez sądy i zawierających obszerne deklaracje praw podmiotowych. Chodzi tu o proces globalny: w 2008 roku obliczono, że na 194 państw aż 190 posiadało konstytucję spisaną, a 183 – deklarację praw; w 144 konstytucjach spisanych od 1985 roku co najmniej 106 zawierało deklarację praw, a 101 przewidywało organy sądownictwa konstytucyjnego¹. Ponadto mowa o stosunkowo świeżym procesie: pomijając przypadek Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych oraz sporadyczne, incydentalne przypadki antycypacji, można powiedzieć, że narodziny sądownictwa konstytucyjnego stanowią absolutną nowość, która w Europie i w pozostałej części świata znajduje potwierdzenie w konstytucjach dwudziestolecia międzywojennego i przede wszystkim okresu po drugiej wojnie światowej².

Jak wiadomo, deklaracje praw są formułowane w języku solennym, posiadającym konotacje etyczne, zwięzłym i ogólnym: „mają charakter lakoniczny i – z punktu widzenia techniki legislacyjnej – zupełnie fragmentaryczny”³. W niektórych przypadkach ich konkretne zastosowanie może obligować interpretatora do wyborów spornych wartości systemu politycznego, do którego się odnosi. Sądownictwo konstytucyjne wymaga, aby władza sądowa mogła wypowiadać się „o kwestiach szczególnie istotnych politycznie i moralnie, bazując na bardzo ograniczonych wytycznych tekstowych, za pośrednictwem decyzji sądowych, które mogą trwać dekadami i których praktycznie nie można zmodyfikować za pomocą zwykłych procedur demokratycznych”⁴. Ponadto w wielu

¹ A. Stone Sweet, J. Mathews, „Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law* 47/2008, s. 85, przypis 27.

² Zob. M. Cappelletti, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968, *Studi di diritto comparato*, 1; P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Premio „Congreso de los Diputados” 1985, Madrid 1987, Colección „Estudios constitucionales”.

³ E.-W. Böckenförde, „Teoria e interpretazione dei diritti fondamentali (1974)”, [w:] idem, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, red. M. Nicoletti, O. Brino, Milano 2006, s. 147.

⁴ A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford/Portland 2005, s. 141.

jurysdykcjach prawoznawstwo opracowało techniki stosowania praw podmiotowych, takie jak formuły ważenia oraz test proporcjonalności, pozwalające sprawować dogłębną kontrolę nad działaniami ustawodawcy i innych władz publicznych. Zastosowanie takich technik implikuje, że prawa podmiotowe nie są pojmowane jako kategoriyczne i niepodważalne reguły, których zakresy zastosowania i konsekwencje prawne mogłyby zostać określone w chwili ich stosowania w sposób mniej więcej jasny i niezmienny; prawoznawstwo nie próbuje budować koherentnego systemu praw podstawowych i innych interesów chronionych przez konstytucję, tak aby uniknąć sytuacji, w której tak skonstruowane reguły okazały się zbyt lub zbyt mało inkluzyjne w odniesieniu do przypadków, które mogą się pojawić w przyszłości. Przeciwnie, prawa podstawowe są pojmowane jako dyrektywy ogólne i derogowalne, przeznaczone do wejścia w konflikt między sobą w chwili ich sądowego stosowania i przez to – do skonkretyzowania i ważenia za każdym razem w inny sposób, w zależności od okoliczności danej sprawy⁵.

(2) Rozpowszechnianie się i jurydyzacja praw podstawowych. Nie tylko prawodawca, lecz także obywatele, jako osoby prywatne, mogą zostać zobowiązani do poszanowania praw podstawowych,

⁵ Na temat sądów ważeniowych i zasady proporcjonalności zob. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, red. L. Di Carlo, Bologna 2012, s. 108 i n., 133 i n., *Collezione di testi e di studi*; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna 2010, s. 173 i n.; *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, red. G. Huscroft, B. W. Miller, G. Webber, New York 2014; *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, red. L. Lazarus, Ch. McCrudden, N. Bowles, Oxford/Portland 2014. Zdaniem Cohen-Eliyi i Porata (M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge 2013), losy zasady proporcjonalności zależą od globalnego rozprzestrzeniania się „kultury uzasadnienia”. Dyskusja w kategoriach *judicial self-empowerment* zob. A. Stone Sweet, J. Matthews, „Proportionality, Balancing...”.

zgodnie z ich sędziowską interpretacją⁶. W relacjach między osobami prywatnymi prawie na całym świecie wzrasta liczba i znaczenie sporów wyrażanych w kategoriach praw różniących się od tradycyjnych praw majątkowych dotyczących własności i wierzytelności zobowiązaniowych. Podejmuje się decyzje dotyczące praw osobistych, takich jak: integralność fizyczna i moralna osoby, jej godność i wolność, zdrowie, poufność itp.; stosuje się prawa podstawowe oraz zasadę równości w wielu sytuacjach, na przykład w relacjach rodzinnych i pracowniczych, które w przeszłości należały do sfery prywatnej lub społecznej, podległej prawu cywilnemu, a nie konstytucyjnemu.

Prowadzi to do sytuacji, kiedy w dyskursie prawniczym łamanie praw podstawowych nie stanowi już ekstremalnego przypadku „ustawowego bezprawia”, potencjalnie zdolnego do zniesienia legitymizacji władzy publicznej i usprawiedliwiającego odwołanie się jeśli nie do tyranobójstwa, to do prawa do oporu i cywilnego nieposłuszeństwa. Łamanie prawa podstawowego przestaje być przyczyną kwestionowania podstawy samego obowiązku politycznego i staje się wydarzeniem powszechnym, częstym, które można odnaleźć w dużej liczbie spraw, codziennie rozstrzyganych przez system sądowy konstytucyjnego państwa prawa. W sposób tylko pozornie paradoksalny dzisiejsza kluczowość praw podstawowych doprowadza do ich trywializacji, tj. do tego, że stają się one „obiegową walutą”, nadającą się do użycia dla opisu i rozstrzygania nawet najbardziej banalnych, codziennych konfliktów interesów⁷.

(3) Umiejdzynarodowienie praw podmiotowych. Nieustannie, począwszy od drugiej połowy XX wieku, mnożą się międzynarodo-

⁶ Zob. A. Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, [w:] *Human Rights in Private Law*, red. D. Friedmann, D. Barak-Erez, Oxford/Portland 2001, s. 13–42; *The Constitutionalization of European Private Law*, red. H.-W. Micklitz, Oxford 2014, *Collected Courses of the Academy of European Law*, 22/2.

⁷ To spostrzeżenie pojawiło się już w pierwszej krytyce konstytucjonalizacji wyrażonej przez Schmitta (C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, Berlin 2011).

we deklaracje praw człowieka przyjmowane jako uniwersalne traktaty o charakterze ogólnym bądź sektorowym oraz jako umowy regionalne, które nadają się do zastosowania zarówno przez sędziów sądów międzynarodowych, jak przez sędziów krajowych. Można to zjawisko nazwać „procesem ekspansji” międzynarodowych praw człowieka⁸. Niekiedy uznaje się, że celem takich dokumentów jest nie nałożenie wzajemnych zobowiązań na państwa będące ich sygnatariuszami – obowiązków, które powinny być ściśle interpretowane, mając na uwadze suwerenność państw – lecz stworzenie skutecznego systemu ochrony praw indywidualnych, który usprawiedliwałby ich interpretację rozszerzającą, ewolucyjną, teleologiczną, tak by przede wszystkim zapewnić ich pełną skuteczność⁹. W ten sposób państwa są uzależnione od interpretacji praw podmiotowych dokonywanej przez organy sądowe usytuowane na różnych szczeblach (konstytucyjno-państwowym, europejskim i międzynarodowym) „wielopoziomowego systemu” ochrony praw podstawowych¹⁰. Skoro między różnymi jurysdykcjami, które uczestniczą w tym systemie, nie zachodzą relacje hierarchiczne, wolna konkurencja między sędziami w interpretacji i stosowaniu norm praw podstawowych wywołuje możliwość konfliktów konstytucyjnych i tym samym konieczność zapobiegania im i radzenia sobie z nimi za pomocą argumentacji prawniczej lub rozwiązań o charakterze pragmatycznym („dialog” na temat ochrony praw podstawowych¹¹).

⁸ Zob. A. Peters, „Membership in the Global Constitutional Community”, [w:] *The Constitutionalization of International Law*, red. J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, Oxford/New York 2009, s. 167 i n.

⁹ Zob. F. Mégret, „The Nature of Obligations”, [w:] *International Human Rights Law*, red. D. Moekli [et al.], Oxford 2014, s. 96–118; E. Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford 2014.

¹⁰ Zob. A. Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford/New York 2009, *Oxford Studies in European Law*.

¹¹ Zob. A. Stone Sweet, „Constitutional Dialogues: Protecting Human Rights in France, Germany, Italy and Spain”, [w:] *Constitutional Dialogues in Comparative*

II. Neokonstytucjonalizm i pozytywizm prawniczy

Nurty konstytucjonalizacji, rozprzestrzeniania się i globalizacji praw podstawowych podsycają szeroką dyskusję na temat roli i uzasadnienia *judicial review* i *rights talk* w teorii polityki i teorii prawa.

Szczególnie w teorii polityki niektórzy autorzy myślą w kategoriach przejścia z demokracji agregatywnej do demokracji deliberatywnej. Pierwsza, rozumiana za Schumpeterem¹² jako procedura mająca na celu konkurencyjną selekcję rządzących w drodze głosowania wyborczego, jest formą podejmowania decyzji politycznych na podstawie agregowania preferencji wyrażanych przez wyborców; druga, inspirowana przez ideał powszechnej zgody osiągniętej przez publiczne użycie rozumu, jest raczej formą grupowej dyskusji moralnej na temat podstawowych zasad współżycia obywatelskiego. W tej ramie teoretycznej uważano, że sąd konstytucyjny mógłby funkcjonować jako „strażnik demokracji deliberatywnej”¹³ i „paradygmat rozumu publicznego”¹⁴; jako instytucja, która wzbogaca deliberatywną jakość demokracji, „przenosząc pewne kwestie z pola walki sił politycznych na forum zasad”¹⁵. Uważano, że sędziowie konstytucyjni mogliby działać jako „teoretycy polityki”, odpowiedzialni za objaśnienie i rozwijanie wyborów podstawowych wartości określonej wspólnoty politycznej¹⁶. Ponadto wyobrażano so-

Perspective, red. S. J. Kenney, W. M. Reisinger, J. C. Reitz, New York 1999, s. 8–41; A.-M. Slaughter, „A Global Community of Courts”, *Harvard Journal of International Law* 44/2003, s. 191–219; G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli 2009.

¹² J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, tłum. E. Zuffi, Milano 2001, s. 279.

¹³ J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, s. 328.

¹⁴ J. Rawls, *Political Liberalism. Expanded Edition*, New York 2005, s. 231 i n.

¹⁵ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge 1985, s. 71.

¹⁶ D. Robertson, *The Judge as a Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*, Princeton 2010.

bie, że prawa podmiotowe mogłyby funkcjonować jako swego rodzaju *lingua franca*, za pośrednictwem którego rozmaite państwa i kultury polityczne mogą się komunikować między sobą na arenie międzynarodowej, poza konstytucyjną przestrzenią państwową¹⁷; motor i obiekt „globalnych procesów deliberacji”¹⁸, wehikuł „ponadnarodowej debaty sędziowskiej”¹⁹ wewnątrz rodzącej się „globalnej wspólnoty sądów”²⁰.

W teorii politycznej konstytucjonalizacja bywała natomiast krytykowana przez tych, którzy na przykład uznawali, że prawa podstawowe są tylko wyrazem partykularnej tożsamości politycznej i kulturowej (zachodniej, laickiej i indywidualistycznej, maskulinistycznej, kapitalistycznej itp.²¹) lub że konstytucjonalizacja jest reakcją niektórych elit politycznych i ekonomicznych, powierzających władzę sędziom w celu zachowania swej chylącej się ku upadkowi hegemonii, na erozję kon-

¹⁷ Zob. M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano 2003, s. 55 i 97; J. Tasioulas, „The Moral Reality of Human Rights”, [w:] *Freedom from Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?*, red. T. Pogge, Paris/Oxford/New York 2007, s. 75; F. Viola, „Diritti umani e scienza giuridica”, *Diritti umani e diritto internazionale* 1/2007, s. 49.

¹⁸ A. Buchanan, „Human Rights and the Legitimacy of the International Legal Order”, *Legal Theory* 14/2008, s. 67.

¹⁹ C. McCrudden, „A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies* 4/2000, s. 499–532; S. Choudry, „Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal* 74/1999, s. 892.

²⁰ A.-M. Slaughter, „A Global Community...”, s. 65 i n. W odniesieniu do wspólnot krajowych oraz do liberalno-demokratycznego Zachodu taka teoria konkretyzacji praw podmiotowych jako procesu pluralistycznego i inkluzyjnego pojawiła się już w: P. Häberle, „Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und «prozessualen» Verfassungsinterpretation”, *JuristenZeitung* 30/1975, s. 297–305.

²¹ Zob. R. Cruft, S. M. Liao, M. Renzo, „The Philosophical Foundations of Human Rights. An Overview”, [w:] *Philosophical Foundations of Human Rights*, red. i idem, Oxford 2015, s. 31 i n.

sensu społecznego²². Była więc mowa o „epoce praw podmiotowych”²³ i „rewolucji praw”²⁴, ale także o „globalizmie prawniczym”²⁵, „globalnej ekspansji władzy sądowniczej”²⁶, „rządach sędziów”²⁷, „jurydyzacji polityki”²⁸, „demokracji sędziowskiej”²⁹, „sądowniczych zamachach stanu”³⁰ czy „prawach nienasyconych”³¹.

W teorii prawa toczy się równoległa dyskusja, która nie może być jednoznacznie odseparowana od refleksji teoretyczno-politycznej dotyczącej ponadnarodowej konstytucjonalizacji praw podmiotowych; również w teorii prawa są tacy, którzy dostrzegają w sądownictwie konstytucyjnym i w ochronie praw podstawowych element umacniający i uzupełniający demokrację lub przeciwnie: grożący pozbawieniem jej

²² Zob. R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge 2004.

²³ Zob. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1990.

²⁴ Zob. C. R. Epp, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago 1998.

²⁵ Zob. D. Zolo, *I signori della pace: una critica del globalismo giuridico*, Roma 2001, *Argomenti*, 10.

²⁶ Zob. *The Global Expansion of Judicial Power*, red. C. N. Tate, T. Vallinder, New York 1995; A. Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford/New York 2000.

²⁷ Zob. R. Hirschl, *Towards Juristocracy...*

²⁸ Zob. M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford 2002; R. Hirschl, „The Judicialization of Politics”, [w:] *The Oxford Handbook of Law and Politics*, red. K. E. Whittington, R. D. Kelemen, G. A. Caldeira, Oxford/New York 2008, s. 119–141, *Oxford Handbooks of Political Science*.

²⁹ Zob. C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Bologna 1997; A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*. Roma/Bari 1998.

³⁰ Zob. A. Stone Sweet, „The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority”, *German Law Journal* 8/2007, s. 915–928.

³¹ Zob. A. J. Sebok, „The Insatiable Constitution”, *Southern California Law Review* 70/1997, s. 417–471; A. Pintore, „Diritti insaziabili”, [w:] L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, red. E. Vitale, Roma 2001, s. 179–200, *Libri del tempo Laterza*, 319.

znaczenia. Pierwsze stanowisko można nazwać „neokonstytucjonalistycznym”, drugie „pozytywistycznym” – z zastrzeżeniem, że autorzy reprezentujący teoretyczny i metodologiczny pozytywizm prawniczy mogą, bez popadnięcia w niespójność, przystąpić do nurtu neokonstytucjonalistycznego na płaszczyźnie normatywnej, jeśli chodzi o określenie standardów najlepszych dla wykładni konstytucji (jak to czynią na przykład Marmor³² i w pewnych aspektach Raz³³).

Neokonstytucjonalizm ocenia pozytywnie – jeśli nie entuzjastycznie – tendencje polegające na konstytucjonalizacji, rozpowszechnianiu się i umiędzynarodowianiu praw podmiotowych, które stanowią instytucjonalne założenia debaty o wykładni konstytucji. Według tego podejścia państwo konstytucyjne stanowi osiągnięcie nauki prawa i praktyki prawniczej, które zasługuje na obronę tam, gdzie już istnieje, a na rozpowszechnienie i przyjęcie tam, gdzie jest jeszcze nieobecne. Pożądane jest uznanie mocy wiążącej praw podstawowych nie tylko w stosunku do administracji publicznej, jak niegdyś w liberalnym państwie prawa, lecz także w odniesieniu do prawodawcy; zdaniem niektórych to dobrze, że ich oddziaływanie jest rozpoznawane w stosunkach między osobami fizycznymi, które zostają wykluczone spod działania „dzikich sił rynkowych”³⁴. Istnieją rzeczy, których żadna władza nie powinna móc zrobić z ludźmi – *rights as trumps* Dworkina³⁵, „strefa nierozstrzygalna” Ferrajoliego³⁶,

³² Por. A. Marmor, *Interpretation and...*

³³ Por. J. Raz, „On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”, [w:] *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, red. L. Alexander, Cambridge/New York 1998, s. 152–193, *Cambridge Studies in Philosophy and Law*.

³⁴ L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma 2011, *Anticorpi*, 17.

³⁵ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977, s. xi; idem, *A Matter of...*, s. 359 i n.

³⁶ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali...*, s. 19; idem, *Principia iuris*, Roma/Bari 2007, vol. I, s. 819 i n., vol. II, s. 19, 44, 92, *passim*.

coto vedado Garzón Valdés³⁷ – a rozważania dotyczące suwerenności parlamentu na poziomie konstytucyjnym lub suwerenności państwa na płaszczyźnie międzynarodowej mogą wpływać na konieczność poszanowania, ochrony i realizacji praw jednostki tylko w ograniczonych granicach.

W odniesieniu do interpretacji neokonstytucjonalizm utrzymuje, że pozytywizacja praw podstawowych powoduje, iż sędzia nie może ograniczać się ani do poszukiwania woli ustawodawcy („tak zostało ustanowione”), ani do poszanowania precedensów orzeczniczych i zwyczajów społecznych („tak zawsze czyniono”). Gdy ma on obowiązek ustalić, czy dane prawo podmiotowe zostało naruszone, nie wystarczą argumenty formalne oparte na władzy i tradycji, nie będą też przydatne słownikowe rozpoznanie uzusów językowych, badania historiograficzne na temat intencji osób dawno zmarłych (stanowiących prawo) czy sondaże opinii przeprowadzane wśród aktualnych obywateli. Zamiast tego należy natomiast dokonać rozumowania moralnego, które „weźmie na poważnie” prawa podmiotowe stron sporu sądowego; stosowanie praw podstawowych oznacza co najmniej gotowość do dyskusji na temat legitymizacji prawa, utrwalonego orzecznictwa czy moralności społecznej. Sędzia będzie musiał przykładowo: podporządkować wybory ustawodawcy zasadom moralności publicznej ustanowionym przez konstytucję, wziąć odpowiedzialność za sformułowanie najlepszej teorii pozostających w grze zasad konstytucjonalnych, ocenić ich wagę w konkretnym przypadku, wyważyć racje przemawiające za stabilnością i ochroną konstytucji z racjami na rzecz zmiany konstytucyjnej. Sama konstytucja, obejmując fundamentalne zasady i prawa podstawowe, nawołuje sędziów do zaangażowania się w tego rodzaju krytyczną refleksję na temat obowiązującego prawa³⁸.

³⁷ E. Garzón Valdés, *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*, Bologna 2003, s. 152 i n., *Saggi*, 600.

³⁸ Zob. L. Ferrajoli, *Principia...*, vol. I, s. 39 i n. – na temat roli krytyczno-normatywnej wiedzy prawniczej w odniesieniu do konstytucjonalizacji zasad, które

Pozytywizm prawniczy, rozumiany jako teoria opisowa, musi rzecz jasna uwzględniać wszystkie tendencje związane z konstytucjonalizacją, rozprzestrzenianiem się i umiędzynarodowianiem praw podmiotowych, z których wywodzi się neokonstytucjonalizm. Jednakże gdy przechodzimy z poziomu opisowego na poziom ocen, niektórzy pozytywiści prawniczy – oczywiście nie wszyscy i może wcale nie większość – rozważają te tendencje bardzo ostrożnie lub z niepokojem i zajmują stanowisko jeśli nie otwarcie konserwatywne³⁹, to sprowadzające się do tego, co w literaturze przedmiotu jest znane jako „normatywny pozytywizm prawniczy”, „formalizm reguł”, „legalizm”, „konstytucjonalizm polityczny” lub „konstytucjonalizm ludowy”⁴⁰. Zgodnie z leżącą u podstaw

przestają być zewnętrzne wobec prawa. Taka opinia jest podzielana przez wielu, zarówno krytyków pozytywizmu prawniczego (zob. R. Dworkin, *A Matter of...*, s. 34; idem, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge 1996, s. 7 i n.; R. Alexy, *Teoria dei...*, s. 575, 605–606; G. Zagrebel'sky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992, s. 163 i n.), jak i zwolenników tzw. inkluzyjnego pozytywizmu prawniczego (zob. np. W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford/New York 1994, s. 113 i n.), a także przedstawicieli tzw. wykluczającego pozytywizmu prawniczego; dla Raza prawo, włączając pojęcia moralne, może powierzyć sędziom władzę rozwijania go i wprowadzenia zmian na podstawie poglądów moralnych, które jednakże pozostają poza prawem (zob. np. J. Raz, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford 2010, s. 182 i n.).

³⁹ Zob. C. Schmitt, *Die Tyrannei...*; 2008; E. Forsthoff, *Lo Stato della società industriale*, Milano 2011, s. 141 i n.; E.-W. Böckenförde, *Stato, costituzione...*

⁴⁰ Por. J. A. G. Griffith, „The Political Constitution”, *Modern Law Review* 42/1979, s. 1–21; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford/New York 1999; idem, „The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal* 115/2006, s. 1346–1406; M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton 1999; idem, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton 2008; L. D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004; A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford 2005; R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge 2007; podobna linia argumentacji zob. J. C. Bayón, „Diritti, demo-

tego stanowiska ideą pozwolenie sędziom na przedstawienie – i narzucenie – teorii sprawiedliwości za pomocą wykładni konstytucyjnej oznacza nadanie pewnej elicie, niereprezentatywnej i nieponoszącej odpowiedzialności, władzy ustalenia podstawowych standardów życia publicznego. Lecz podstawowe standardy życia publicznego, a wśród nich prawa podstawowe, nie mogą być raz na zawsze oddane w ręce normatywnej teorii sprawiedliwości, nad którą pieczę sprawowałiby sędziowie; prawa są zawsze nietrwałym efektem konfliktu różnych idei, wizji i interesów, w którym każdy obywatel powinien móc uczestniczyć na równi pod względem godności i szacunku. Aby ustalenie takich standardów odbywało się w poszanowaniu obywatelskiej wolności moralnej i równości politycznej, musi być ono wytworem procesu politycznego otwartego na wiele głosów, w którym sędziowie nie mogą mieć ostatniego słowa.

W kwestii wykładni normatywni pozytywiści prawniczy zalecają posługiwanie się różnymi kryteriami. Mogą negować specyficzność interpretacji konstytucji względem wykładni ustaw i na tej podstawie krytykować teoretyczne założenia niektórych teorii neokonstytucjonalistycznych, takie jak rozróżnienie reguł i zasad prawnych albo odejście od brzmienia przepisów na rzecz zastosowania metod wykładni rozszerzającej, adaptacyjnej i ewolucyjnej oraz sądów ważeńiowych⁴¹. Mogą zalecać wierność wobec intencji historycznego prawodawcy konstytucyjnego lub wobec oryginalnego publicznego znaczenia tekstu. Mogą wreszcie rekomendować poszanowanie woli aktualnego prawodawcy,

crazia, costituzione”, *Ragion Pratica* 10/1998, s. 41–64; A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma 2003, *Libri del tempo Laterza*, 344.

⁴¹ Zob. E. Forsthoff, „La trasformazione della legge costituzionale”, [w:] idem, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, s. 206 i n.; R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino 1996, s. 115 i n., 237 i n.

czyli podejście *self-restraint*, oraz szacunek wobec „wykładni konstytucyjnej” objętej szerokim konsensem w danej wspólnocie politycznej⁴².

Oczywiście wspomniane dyrektywy wykładni nie są równoważne. Wola *framers* może nie być zgodna z „wykładnią konstytucyjną” uwzględniającą aktualnego prawodawcę; oryginalizm i tekstualizm nie implikują koniecznie przyjęcia postawy *self-restraint* oraz szacunku dla istnienia marginesu swobodnego uznania w przypadku pozostałych władz. Jednak te dyrektywy są zbieżne, gdy zakładają możliwe napięcia między *judicial review* a demokracją lub, w przypadku krytyki konserwatywnej, między *judicial review* a pewnością prawa oraz stabilnością instytucji i stosunków społecznych. Normatywny pozytywizm prawniczy przygląda się z niepokojem temu konfliktowi i dlatego nie zaleca sędziom decydowania według najlepszego własnego osądu moralnego. Skoro odpowiedzialność za podjętą decyzję nie powinna obciążać moralnego rozumowania sędziego, pozytywizm prawniczy zobowiązuje się do wskazania parametrów zewnętrznych wobec sumienia sędziowskiego – takich jak litera prawa, wola ustrojodawcy konstytucyjnego, wola aktualnego prawodawcy, moralność społeczna itp. – w których kontekście uzasadniane jest stosowanie bądź niestosowanie norm praw podstawowych.

III. „Szlachetne sny” i „koszmary”

To ważne, by zauważyć, że jakkolwiek pragnie się pojmować „sukces” neokonstytucjonalizmu i pozytywizmu prawniczego jako normatywnych teorii wykładni konstytucji – w kategoriach skutecznej ochrony praw jednostek, wprowadzania w życie idei demokracji itp. – nie może to nie zależeć od sytuacji prawnej, politycznej i społecznej, w której teorie te będą działały. Różnorodność warunków zewnętrznych, niekontrolowanych przez nie bezpośrednio, wpływa na możliwość realizacji ich celów. Zakładając sytuacje głęboko różniące się od siebie, rzeczywiście można

⁴² Zob. B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2009.

wyobrazić sobie ekstremalnie przeciwstawne wyniki tych teorii – powiedzmy, ich „szlachetne sny” oraz „koszmary”⁴³ – i utrzymywać, że wybór między neokonstytucjonalizmem a normatywnym pozytywizmem prawniczym powinien zależeć, poza samoistnym pragnieniem zapadnięcia w „szlachetny sen” i obawą przed spełnieniem się „koszmaru”, także od ich prawdopodobieństwa i wiarygodności w konkretnej sytuacji. Jeśli „szlachetny sen” neokonstytucjonalizmu (lub pozytywizmu prawniczego) wydaje się, w pewnym określonym kontekście, całkowicie fantastyczny i nierealny, a jego „koszmar” przeciwnie – realnie możliwy do uniknięcia, to pozytywizm normatywny (lub neokonstytucjonalizm) będzie stanowił stanowisko preferowane z powodów prudenjalnych i pragmatycznych, różniących się od zasadniczo wewnętrznych argumentów danej teorii, jasno przez nią formułowanych.

Sądzę, że podejmując próbę syntezy i oddania sprawiedliwości zarówno neokonstytucjonalizmowi, jak i normatywnemu pozytywizmowi prawniczemu „szlachetne sny” i „koszmary” tych dwóch teorii można uchwycić następująco:

(1) „Szlachetny sen” neokonstytucjonalizmu to marzenie, że sądowe stosowanie norm praw podstawowych, co najmniej z konieczności lub w większości przypadków, nie jest irracjonalne, bezpodstawne i nieprzewidywalne i nie odpowiada tylko subiektywnym preferencjom sędziego lub wspólnoty sędziów, lecz stanowi dobre przybliżenie obiektywnie ważnej moralności, co do zasady poznawalnej przez bezstronnego obserwatora, jakim jest sędzia, lub moralności społecznej w znacznym stopniu podzielanej przez osoby rozsądne, w tym przez sędziów.

Zgodnie z tym „szlachetnym snem” w obrębie procesu sądowego i przez stopniowy rozwój orzecznictwa można wymierzyć sprawiedliwość stronom w sposób obiektywnie prawidłowy lub co najmniej popierany społecznie. Co więcej, można bronić praw osobowych, ale

⁴³ Terminologię zapożyczam od Harta (H. L. A. Hart, „The Nightmare and the Noble Dream”, [w:] idem, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford/New York 1983, s. 123–144), który stosuje ją jednak do teorii interpretacji prawniczej, a nie w odniesieniu do jej rezultatów praktycznych.

także mieć wkład we wzbogacenie i zwiększenie udziału w debacie demokratycznej. Ruchy polityczne i społeczne oraz stowarzyszenia „społeczeństwa obywatelskiego” mogą rzeczywiście posługiwać się językiem praw podmiotowych jako instrumentem roszczeń nie tylko politycznych, lecz także prawnych w ramach *public interest litigation*⁴⁴, a sądowe stosowanie konstytucji może pozwolić na prowadzenie „dialogów” między sędziami i prawodawcą oraz wspierać debaty, w których wartości konstytucyjne odgrywają ważną rolę⁴⁵. W ten sposób system sądowy i sądownictwo konstytucyjne mogą być kanałem dla demokratycznych, rozproszonych i pluralistycznych form uczestnictwa politycznego. Argumenty, którym w przeciwnym razie nie poświęcałoby się należytej uwagi lub które nie dotarłyby do sfery debaty publicznej, są publicznie formułowane przez strony procesowe i ważne przez bezstronnego sędziego; orzecznictwo i doktryna prowadzą bezustanne dyskusje na temat zmian w interpretacji konstytucji, tworząc obszar dla refleksji i decyzji, które są równoległe i odmienne, ale nie gorsze niż te wynikające z polityki partyjnej. Proces refleksji na temat wykładni konstytucji, przebiegający w ramach wspólnoty prawników, obejmuje proces demokratyczny, wzbogacając go o zasługujące na uwagę treści normatywne, otwierając go na interesy mniejszości, które nie zostają wykluczone, poprawiając go, gdy jego rezultaty są niedorzeczne, i zapobiegając jego autodestrukcji, wynikającej z ewentualnego przyjęcia ustaw antywolnościowych.

(2) „Szlachetny sen” normatywnego pozytywizmu prawniczego polega natomiast na tym, że możliwe stałoby się urzeczywistnienie

⁴⁴ Zob. F. Michelman, „Law’s Republic”, *Yale Law Journal* 97/1988, s. 1493–1537; M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford/New York 1989; D. Feldman, „Public Interest Litigation and Constitutional Theory”, *Modern Law Review* 55/1992, s. 44–72.

⁴⁵ Zob. P. W. Hogg, A. A. Bushell, „The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Journal* 35/1997, s. 75–124.

systemu polityczno-prawnego, który rozróżnia sądownictwo i ustawodawstwo, przyznając pierwsze profesjonalnej magistraturze, nieponoszącej odpowiedzialności politycznej i co do zasady maksymalnie respektującej autonomię władzy politycznej, drugie zaś – procesowi demokratycznemu zharmonizowanemu z równą godnością moralną obywateli, to znaczy z ich równym prawem do wyrażania opinii i do udziału w podejmowaniu wspólnych decyzji. Zamiast w wyidealizowanym obrazie rozumowań prawniczych i sądownictwa konstytucyjnego ów „szlachetny sen” znajduje możliwość implementacji i rozwijania praw podmiotowych w zwykłej procedurze legislacyjnej i w aktywnym społeczeństwie obywatelskim, potrafiącym uczestniczyć, dyskutować i organizować się politycznie. Roszczenia wynikające z praw podmiotowych nie są opisem moralności obiektywnie ważnej lub szeroko podzielanej, lecz wyrazem konfliktów między poszczególnymi interesami i wizjami; według pozytywistycznego „szlachetnego snu” konflikty te mogą odnaleźć adekwatną mediację w ramach procedury ustawodawczej i polityki demokratycznej, bez konieczności oddania ich pod kuratelę arystokracji w togach, niereprezentatywnej i demokratycznie nieodpowiedzialnej. W społeczeństwie pluralistycznym normy praw podmiotowych nie mogą być stosowane obiektywnie i jednakowo dla wszystkich, niezgoda jest nieunikniona⁴⁶, prawo nie jest i nie może być zastąpione przez politykę⁴⁷. Aby decyzje polityczne mogły zostać zaakceptowane jako legitymizowane, należy koniecznie stworzyć procedury, które pozwoliłyby obywatelom uczestniczyć w życiu politycznym na zasadach zbliżonych do równości. Legitymizacja nie może zależeć od tego, czy decyzje polityczne są słuszne merytorycznie, ale od tego, że są produktem procedur respektujących równość polityczną obywateli oraz są zawsze otwarte na krytykę i możliwość modyfikacji za pomocą zwykłego procesu legislacyjnego. Nie sposób uniknąć tego, że demokracja od czasu do czasu „błądzi”, ale wolna konkurencja między partiami

⁴⁶ J. Waldron, *Law and...*, s. 105 i n., 163.

⁴⁷ J. A. G. Griffith, „The Political...”, s. 16.

jest najlepszym sposobem zarządzania i jednocześnie gwarantowania pluralizmu współczesnego społeczeństwa.

Z debaty o konstytucjonalizacji praw i interpretacji konstytucyjnej można także wyłować „koszmary” normatywnego pozytywizmu prawniczego i neokonstytucjonalizmu, czyli dwa ekstremalne scenariusze radykalnego niepowodzenia tych teorii.

(3) „Koszmarem” neokonstytucjonalizmu jest oczywiście pewna wersja „rządów sędziów”⁴⁸, „państwa sędziowskiego”⁴⁹, dyktatury „oligarchii sądowej”⁵⁰, która stosuje „sprawiedliwość kadiego”⁵¹ – niemoralną, nieprzewidywalną i niedemokratyczną.

Sądowe stosowanie podstawowych praw i wartości może być arbitralne i nie do usprawiedliwienia z punktu widzenia moralności krytycznej (sądownictwo amoralne). Może też okazać się nieprzewidywalne i zaskakujące, ponieważ będzie niezgodne z moralnością społeczną wyrażoną w decyzjach legislacyjnych, w precedensach sądowych oraz w przekonaniach etycznych rozpowszechnionych w danej wspólnocie (sądownictwo nieprzewidywalne). Wreszcie stosowanie norm praw podstawowych może okazać się przewidywalne, lecz tylko jako jednostronne wyrażenie osobistych przekonań sędziów, tj. moralności społecznej jednej grupy zawodowej lub konkretnego trybunału sądowego (sądownictwo antydemokratyczne).

W „koszmarze” neokonstytucjonalizmu jakaś nieodpowiedzialna politycznie władza ustala w sposób (prawie) ostateczny i bezapelacyjny to, co jest dobre, a co złe, na podstawie własnej oceny moralnej da-

⁴⁸ Zob. np. L. B. Boudin, „Government by Judiciary”, *Political Science Quarterly* 26/1911, s. 267; E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris 2005.

⁴⁹ C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, [w:] idem, *Le categorie del politico*, red. G. Miglio, P. Schiera, Bologna 1972, s. 213, 216.

⁵⁰ G. E. Roe, *Our Judicial Oligarchy*, New York 1912.

⁵¹ M. Weber, *Economia e società*, vol. III: *Sociologia del diritto*, red. M. Palma, Milano 1995, s. 135 i n. (o sprawiedliwości kadiego), s. 192 i n. (o tendencji do sprawiedliwości materialnej w prawie współczesnym).

nej sytuacji kontrowersyjnej. Dając głos prywatnej moralności albo moralności społecznej własnej grupy zawodowej, sędziowie w tym „koszmarze” roszczą sobie prawo do wypowiedzania się nie tylko na temat tego, co jest legalne albo nielegalne, lecz także tego, co moralnie akceptowalne lub nieakceptowalne, politycznie możliwe lub pozbawione legitymizacji. Dyktat hierokratycznej wspólnoty interpretatorów konstytucji nie wzbogaca debaty publicznej, wręcz przeciwnie – pozbawia politykę demokratyczną wszelkiej istotnej treści; przestrzeń polityki redukuje się do administrowania tym, co pozostaje w granicach zasad wyrażonych w dokumentach konstytucyjnych, zinterpretowanych przez sędziów.

W pewnej możliwej wersji tego „koszmaru” polityka reaguje na hegemoniczne roszczenia władzy sądowniczej w sposób, który stanowi zagrożenie dla państwa prawa. Na przykład wyroki prowokują powszechną niechęć lub populistyczny sprzeciw, a władzy politycznej udaje się zdelegitymizować władzę sądowniczą, ograniczyć jej niezależność, pociągnąć sędziów do odpowiedzialności politycznej, kontrolować ich bezpośrednio i wpływać na ich działania. Albo nawet jest tak, że adresaci wyroków nie stosują się do nich, a decyzje sędziowskie nie są skuteczne, przez co rodzi się niepewność prawa i powstaje kryzys legitymizacji systemu politycznego.

(4) Zgodnie ze scenariuszem „koszmaru” pozytywizmu prawniczego stosowanie prawa przez sędziów i urzędników państwowych funkcjonuje jak dobrze naoliwiona maszyna, co zapewnia niezwłoczne wykonanie błędnych, niedorzecznych lub niezrozumiałych decyzji tyrańskiej władzy politycznej, czemu przygląda się wyalienowane, bierne, obojętne lub współwinnne społeczeństwo. Ponieważ brakuje odważnego i aktywnego społeczeństwa obywatelskiego, zdolności inkluzyjne polityki demokratycznej okazują się iluzoryczne: społeczeństwo obywatelskie jest apolityczne i milczące, podzielone i zrezygnowane lub aktywnie niegodziwe, antyliberalne i rasistowskie.

W obliczu tego „koszmaru” ci, którym leży na sercu ochrona praw podmiotowych, nie mogą korzystać wyłącznie z arsenału środków

demokratycznych przewidzianych przez procedurę legislacyjną. Może być tak, że prawodawca będzie niewrażliwy lub otwarcie wrogi wobec interesów „wyodrębnionych i odizolowanych mniejszości”⁵², niepotrafiących stworzyć koalicji wyborczych i dlatego poddanych dominacji większości bez uzyskania poparcia dla ich własnych racji. Ewentualnie prawodawca może być więźniem moralnej większości, która chce zmusić wszystkich do poszanowania swych zasad, bez względu na prawa osób zaangażowanych w prywatne decyzje posiadające wymiar publiczny (aborcja, małżeństwa homoseksualne, zapłodnienie *in vitro* itp.). Prawodawca może reagować na realne lub wyimaginowane zagrożenia bezpieczeństwa narodowego za pomocą środków nadzwyczajnych, które grożą zniesieniem warunków umożliwiających politykę demokratyczną. Wreszcie prawodawca może po prostu zapomnieć ustanowić odpowiednie reguły i wyjątki, tak aby usunąć irracjonalną niespójność lub nieuzasadnione, nierówne traktowanie.

W tych wszystkich możliwych scenariuszach – a także w innych⁵³, w których ustawodawca symbolizuje arogancję możnych lub strach słabych, bądź kiedy nie potrafi przewidzieć konsekwencji własnych ustaw – „koszmar” podpowiada, że każdy pragnie obecności „sędziego

⁵² Justice Stone in Supreme Court of the United States, *United States v. Carolene Products Co.* (1938, 304 US 144, s. 152, przypis 4). Na temat „przypisu *Carolene Products*” zob. J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge 1980, s. 75 i n. Sędziowie konstytucyjni powinni ograniczyć się do zagwarantowania, że procedury demokracji przedstawicielskiej dobrze funkcjonują i nie wykluczają systemowo za każdym razem interesów mniejszości.

⁵³ Inny scenariusz koszmaru pozytywizmu prawniczego został przywołany przez Portinarego (P. P. Portinaro, *Oltre lo stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, [w:] *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, red. P. Costa, D. Zolo, Milano 2002, s. 387–405): bardziej niż na niebezpieczeństwo hegemonii sądownictwa („tyranii sędziów”), demokracje są w naszych czasach narażone na niebezpieczeństwo „anarchii prawników”, tj. *lobbies* i *corporations* globalnego kapitalizmu, które „strategicznie wykorzystują możliwości i zasoby tzw. *litigation society*” (ibidem, s. 397–398).

w Berlinie”, który byłby gotów wziąć odpowiedzialność za czynienie tego, co słuszne.

IV. Wykładnia konstytucji i kontekst instytucjonalny

Hiperboliczna natura „szlachetnych snów” i „koszmarów” przedstawionych w poprzednim punkcie jest oczywista. Rzecz w tym, że konstruowanie tych czterech ekstremalnych scenariuszy winno pokazać, że wybór między neokonstytucjonalizmem a pozytywizmem prawniczym nie może – powtarzam – zależeć tylko od siły zasadniczych argumentów je wspierających, czyli od stopnia pragnienia spełnienia się „szlachetnego snu” oraz obawy przed „koszmarem”, ale musi zależeć od większego lub mniejszego prawdopodobieństwa zrealizowania się tych scenariuszy w kontekście, w którym dokonuje się wyboru interpretacji. Rozsądne rozważania dotyczące większego lub mniejszego zaufania do interpretatorów konstytucji i do przewidywanych konsekwencji w danych warunkach społecznych i instytucjonalnych są więc istotne w wyborze kryteriów, które należy przyjąć w wykładni konstytucji. Jakikolwiek wybór zakłada w tle pewien kontekst instytucjonalny i może być uzasadniony tylko na podstawie jego analizy i oceny. Oczywiście może istnieć przestrzeń na „czystą” teorię wykładni konstytucji, to jest na refleksję, która abstrahuje od kontekstu, ale jej roszczenia normatywne nie będą mogły być inne niżli bardzo skromne.

Oprócz oszacowania prawdopodobieństwa „szlachetnych snów” i „koszmarów” wydaje się, że nie można zająć stanowiska bez dokonania oceny rozwoju procesów konstytucjonalizacji, rozprzestrzeniania się i umiędzynarodowiania praw podmiotowych, które są instytucjonalnym założeniem debaty na temat wykładni konstytucji. Mówiąc ogólnie, neokonstytucjonalizm zakłada pozytywną ocenę tych procesów, zaś normatywny pozytywizm prawniczy – ocenę negatywną lub co najmniej sceptyczną, co nie zmienia ich relewancji dla doktryny prawniczej. Ostatecznie wybór kryteriów, które winny zostać przyjęte w trakcie wykładni

konstytucji, będzie zależał od następujących czynników społecznych, politycznych i instytucjonalnych:

(1) Kompozycja społeczna i poglądy polityczne władzy sądowniczej: kim są sędziowie, którzy mają interpretować ustawy? Czy można odnaleźć spójną politykę w stosunku do prawa, przyjmowaną przez judykaturę lub przez poszczególne sądy, i jak w takich przypadkach powinna ona być scharakteryzowana i oceniona (jako polityka konserwatywna lub postępową, liberalna lub autorytarna, gwarancyjna lub twardo wymierzająca sprawiedliwość, nacjonalistyczna lub internacjonalistyczna/proeuropejska, nastawiona na sprawiedliwość społeczną lub na wolność rynkową itp.)? Na jakie zaufanie zasługują sędziowie? Jakiego zaufania oczekują? Mowa o funkcjonariuszach posiadających profesjonalną legitymację, którzy starają się być niezależni od władzy politycznej, czy o ekspertach komunikacji społecznej (o „głosach” w debacie demokratycznej), odpowiedzialnych moralnie, którzy pretendują do reprezentowania społeczeństwa, odbierając wyrażane przez nie żądania?

(2) Zróżnicowane możliwości dostępu do sądownictwa: kto może zwracać się do sądziego, aby zapytać o interpretację swoich praw? Jakie interesy i sytuacje mogą faktycznie liczyć na właściwe rozpatrzenie i ochronę w ramach procesu sądowego? Czy istnieją kategorie podmiotów, którym jest to systematycznie utrudniane? Czy system sądowy jest odpowiednio dostępny i skuteczny dla tych, którym zależy na wyegzekwowaniu ich praw?

(3) Pozycja władzy sądowej w stosunku do władz, które są podległe jej kontroli i powinny wykonywać jej wszelkie decyzje: do kogo zwraca się sędzia? Do ustawodawcy wybieranego demokratycznie, do innych sędziów krajowych i międzynarodowych, do państwa czy do grupy państw, do biurokracji międzynarodowej czy ponadpaństwowej? Jakie są możliwości, że wyrok będzie skuteczny, to znaczy wypełniony przez jego odbiorców bądź wykonany pod przymusem? Czy przeciwnie – pozostanie bez realnych konsekwencji?

(4) Większa lub mniejsza stabilność i integralność systemu politycznego, do którego się odnosimy: kiedy i gdzie następuje interpretacja? W państwie jednolitym czy w państwie federalnym, w kontekście państwowym czy wewnątrz organizacji międzynarodowej lub ponadpaństwowej, w sytuacji tzw. *normal politics*⁵⁴ czy w sytuacji rewolucyjnej, kryzysowej lub podczas konstytucyjnej tranzycji?

(5) I wreszcie: przyjęcie jakiegokolwiek stanowiska w kwestii normatywnych kryteriów wykładni konstytucji zakłada kontekst nie tylko polityczny i faktyczny, lecz także prawny, tworzony przez: ramę normatywną, w której dochodzi do interpretacji, przedmiot i parametry orzeczenia dotyczącego konstytucyjności prawa, jego procedurę i gwarancje wykonania. Innymi słowy: co się interpretuje? Jakie normy i zasady należą do porządku prawnego, w którym znajduje się sędzia i którego prawa powinien zastosować? Chodzi o interpretację *Bill of Rights* czy faszystowskiej Karty Pracy⁵⁵, konstytucji demokratycznej czy konstytucji państwa autorytarnego, traktatu międzynarodowego, takiego jak Europejska Konwencja Praw Człowieka, czy traktatów ustanawiających organizację międzynarodową lub ponadpaństwową, na przykład Unię Europejską? Obiektem kontroli sądowniczej jest prawodawstwo pewnego organu przedstawicielskiego, czy też pochodzące ze współpracy międzynarodowej albo od międzynarodowych lub ponadpaństwowych instytucji rządowych? Zasady, o których mowa, są prawami obywatelskimi, politycznymi i socjalnymi konstytucjonalizmu demokratycznego XX wieku, czy też chodzi o wolność przenoszenia środków produkcji, równość jako niezakłóconą konkurencję, wzajemne uznanie norm ustawodawstwa krajowego?

⁵⁴ Zob. B. Ackerman, *We The People: Foundations*, Cambridge 1991, s. 230 i n.

⁵⁵ W tym kontekście przypomnę, że w faszystowskich Włoszech obrona pozytywizmu prawniczego była elementem „muru ochronnego” przeciwko reżimowi, zdaniem Galizii (M. Galizia, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano 1954, s. 25 i n.) i Calabresiego (G. Calabresi, „Two Functions of Formalism”, *University of Chicago Law Review* 67/2000, s. 482).

Debata na temat interpretacji ma sens tylko w kontekście prawnym, politycznym i społecznym, w którym do niej dochodzi. Oczywiście teoretyk prawa może przyjąć założenia dotyczące analizy i oceny kontekstu, przypisać je do innych dyscyplin, nie uwzględniać ich za każdym razem. Lecz analiza i ocena kontekstu są tak czy inaczej konieczne, ponieważ nie można powiedzieć niczego interesującego na temat kryteriów, za którymi należy podążać w wykładni konstytucji, jeżeli nie wyjaśniono, kim jest sędzia interpretujący prawo, do kogo się zwraca, na czyją prośbę jej dokonuje, jakie ma uprawnienia, co i w jakich okolicznościach interpretuje.

V. Wnioski. *So what?*

W ten sposób znajdujemy się, choć własnym kosztem, w najlepszych warunkach, żeby zdać sobie sprawę z ekstremalnej labilności ideologii prawniczych; ich wartość progresywna bądź reakcyjna zależy od warunków historycznych, w których znajdują wsparcie, oraz od partii je popierających⁵⁶.

Wniosek z poprzedniego punktu, który na poziomie ogólnoteoretycznym stanowi jedyną odpowiedź na pytanie „jak konstytucja powinna być interpretowana?”, brzmi: to zależy. Zależy od stopnia rozwoju procesów konstytucjonalizacji, rozprzestrzeniania się i globalizacji praw podmiotowych, od tego, jak oceniamy szanse i ryzyka sądownictwa konstytucyjnego w kontekście, w którym dochodzi do interpretacji, od tego, kto interpretuje, co interpretuje i w jakich okolicznościach. Mamy więc do czynienia z wnioskiem sceptycznym w stosunku do potencjału normatywnego ogólnej teorii prawa, lecz – można by oponować – chodzi o rzeczy oczywiste, których nikt nie może negować i które tym samym są pozbawione znaczących reperkusji w odniesieniu do metody i przedmiotu teorii prawa.

⁵⁶ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma/Bari 2011, s. 6.

Oczywiście nie jest to teza oryginalna. Jest ona już popierana w teorii i metateorii interpretacji prawniczej⁵⁷; na pierwszy rzut oka stanowi tylko szczególne zastosowanie typowego dla realizmu prawniczego twierdzenia, według którego pogląd czysto normatywny na temat kwestii prawnych lub dotyczących teorii prawa jest niewystarczający i powinien zostać połączony z oceną pozostałych czynników, zależnych od kontekstu, a różniących się od zasad i norm związanych z podejmowaną decyzją.

Niemniej nie chodzi tu o oryginalność; teza ta nie jest błaha. Na przykład Dworkin nawiązuje do eksperymentu myślowego sędziego Herkulesa dla zilustrowania swej koncepcji pojmowania prawa jako integralnej całości właśnie po to, by abstrahować od jakichkolwiek rozważań dotyczących kontekstu instytucjonalnego i od ograniczonych środków, które sędzia może zainwestować w decyzję⁵⁸. Odmawia on rozważania zagadnień normatywnej teorii wykładni jako kwestii instytucjonalnych na podstawie (słabego, prawdę mówiąc) argumentu, wedle którego teoria

⁵⁷ A propos (faktycznych) ograniczeń wykładni konstytucji zob. np. M. Troper, „Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale”, tłum. P. Comanducci, [w:] *Per una teoria giuridica dello Stato*, red. A. Carrino, Napoli 1998, s. 289–290, *Strumenti e ricerche* oraz C. R. Sunstein, A. Vermeule, „Interpretation and Institution”, *Michigan Law Review* 101/2003, s. 885–951, którzy krytykują teorię interpretacji za brak wrażliwości wobec struktury oraz ograniczeń instytucjonalnych, „tak, jakby jedyną kwestią było, jak «my» powinniśmy interpretować tekst” (s. 886). Waga ograniczeń instytucjonalnych dla normatywnej teorii sądownictwa konstytucyjnego jest podkreślona również w: J. H. Ely, *Democracy and Distrust...*, s. 101 i n.; W. N. Eskridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge 1994, s. 161 i n.; R. A. Posner, „Pragmatic Adjudication”, [w:] *The Revival of Pragmatism. New Essays on Social Thought, Law, and Culture*, red. M. Dickstein, Durham 1998, s. 244; R. A. Posner, „Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation”, *Michigan Law Review* 101/2003, s. 952–971; B. Friedman, „The Politics of Judicial Review”, *Texas Law Review* 84/2005, s. 257–337; S. J. Shapiro, *Legality*, Cambridge 2011, s. 331 i n.

⁵⁸ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge 1986, s. 102 i n., 239 oraz 380–381.

moral reading jest skierowana do każdego, kto zamierza interpretować konstytucję w najlepszy sposób, a więc znajduje zastosowanie zarówno wobec prawodawcy, jak i wobec sędziego. Z tego powodu nieodpowiednie jest zatem, zdaniem Dworkina, stawianie czoła problemom interpretacji konstytucji rozpoczynające się od oceny przewidywanych konsekwencji ogólnego przyjęcia określonej metody⁵⁹.

Następnie należy zauważyć, że teza o relewancji kontekstu instytucjonalnego ma poważne konsekwencje metodologiczne. Nie odnoszę się tu do tej dość oczywistej konsekwencji, według której muszą istnieć ściśle granice tego, co teoria interpretacji może z pożytkiem powiedzieć na poziomie normatywnym. Teza ta wiąże się z ciekawszą konsekwencją dotyczącą sposobu, w jaki należałoby podejść do interpretacji konstytucji „używanej” przez sądy konstytucyjne. Wyraziłbym ją w ten sposób: oczywiście jest możliwe, a często nawet pożyteczne i interesujące, krytykowanie argumentacji przedstawianych przez sędziów w ich orzeczeniach. I można to zrobić z najróżniejszych perspektyw – z perspektywy formalnoprawnej lub z perspektywy moralnej krytyki orzecznictwa sądowego, z punktu widzenia analizy ekonomicznej prawa, spójności i wewnętrznej logiki argumentacji itd. Natomiast nie ma sensu zakładać, że sędzia powinien formułować wszystkie argumenty, a nawet tylko te najlepsze dla poparcia własnych decyzji.

Nie odnoszę się tutaj jedynie do racji mających naturę „tabu” (włos. *inconfessabili*) – czyli motywów, które wywierają skuteczny wpływ na proces myślenia sędziego, ale nie mogą zostać nazwane bez uczynienia decyzji nieprawowitą (to, co sędzia zjadł na śniadanie, jego niechęć wobec stron procesu itp.). Nie mam też na myśli wyłącznie argumentów pozaprawnych, które – mimo że są *in abstracto* istotne dla każdego – nie

⁵⁹ Idem, *Freedom's Law...*, s. 34. To słaby argument, bowiem zakłada, że jest oczywiście pożądane, żeby instytucje i różne podmioty (sędziowie, ustawodawca, władza wykonawcza, poszczególni obywatele) interpretowały konstytucję wedle tej samej teorii normatywnej. Gdyby jednak sędziowie byli ogólnie nikczemni lub niekompetentni, byłibyśmy skłonni odradzać przyjęcie *moral reading*.

mogą zostać przedstawione, gdyż zostaną odrzucone przez wspólnotę prawników jako niewłaściwe i pozbawione mocy uzasadniającej w kontekście postępowania sądowego (doktryna Kościoła katolickiego, program jakiejś partii politycznej, obrona tożsamości narodowej, moralny rozwój ludzkości itp.). Odnoszę się również do tych wszystkich racji, które – chociaż *in abstracto* mogłyby zostać sformułowane i nadawałyby się do obrony z uwagi na ich relewancję względem decyzji, a nie są pozbawione mocy uzasadniającej w sferze prawnej (konieczność ochrony prawa podstawowego lub wdrożenia zasady demokratycznej itp.) – może warto czasami pominąć z uwagi na ich możliwe konsekwencje natury instytucjonalnej.

W rozmaitych sytuacjach mogą zaistnieć dobre racje; by powiedzieć mniej niż to, co można powiedzieć; powody, dla których zaleca się, by orzeczenia sądowe były krótkie, ubogie w rozważania teoretyczne, nie do końca otwarcie szczere, asertywne i dogmatyczne, niezbyt perswazyjne i nieistotne dla ogólnej debaty publicznej. Gdyby ocena kontekstu i zaufania, które należałoby (lub którego nie należałoby) pokładać w interpretatorach konstytucji, sugerowałaby przyjęcie normatywnego pozytywizmu prawniczego, byłoby dobrze, by argumentacja sądowa nie była przedmiotem nadmiernych i nierealnych oczekiwań. Dobry wyrok – jakkolwiek wydaje się to paradoksalne – może być taki nie tylko pomimo tego, że jest źle napisany, ale właśnie dlatego, że jest źle napisany. Może więc być dobry, ponieważ będzie napisany przez sędziego, który nie przemawia we własnym imieniu, nie aspiruje do wyrażenia prawdziwych wartości moralnych ani nie pretenduje do bycia reprezentantem społeczeństwa obywatelskiego i nie zamierza zaoferować najlepszego usprawiedliwienia systemu prawnego, w ramach którego działa, ani instytucji prawnych, które stosuje; sędziego, który jest świadomy ryzyka, że uzasadnienie zbyt rozbudowane, szeroko uargumentowane lub solenne i inspirujące, mające na celu przekonywanie i instruowanie, rozdrażni system polityczny lub wywoła niefortunne

próby współzawodnictwa bądź przeciwstawienia się mu wewnątrz wspólnoty prawników⁶⁰.

[tłum. Desy Masieri]

⁶⁰ Na przykład rozważania instytucjonalne mogłyby podpowiedzieć niemieckiemu sądowi konstytucyjnemu powstrzymanie się od zbędnych rozważań teoretycznych i etycznych, zawartych w niektórych jego decyzjach dotyczących integracji europejskiej (jak w „Maastricht-Urteil” z 12 października 1993 roku, *BVerfGE* 89, 155, czy w „Lissabon-Urteil” z 30 czerwca 2009 roku, *BVerfGE* 123, 267), i ograniczenie się do kontroli spełnienia warunków proceduralnych przewidzianych przez konstytucję dla ratyfikacji traktatów europejskich (przyjęcia ustawy konstytucyjnej). Metoda orzeczeń-traktatów mogłaby w rzeczywistości być naśladowana przez sędziów krajowych jeszcze ostrożniejszych wobec UE lub nawet jej wrogich, wywołując trudny do opanowania „efekt domina” (sądy, w przeciwieństwie do polityków, nie mogą usiąść przy stole i nie głosować). Jeśli orzeczenia-traktaty, z których każde zawiera własne wytyczne konstytucyjne, zostaną pomnożone przez 28 państw członkowskich, to proces reformy traktatów, już niełatwy, stanie się jeszcze bardziej złożony i niepewny.